



HALDEN TINGRETT

KJENNELSE

Avsagt: 20.03.2021
Sak nr.: 21-037646TVI-HALD/
Dommer: Dommerfullmektig Bo Bringsverd m/alm. fullmakt
Saken gjelder: Midlertidig forføyning

Veidekke Entreprenør AS

Advokat Espen Isaksen Bakken

mot

Halden kommune

Advokat Pål Are Sund

Sakens bakgrunn

Saken har sin bakgrunn i planlagt byggeprosjekt for ny skole og idrettsarena i Halden kommune, kalt Os-prosjektet. Oppdragsgiver/byggherre er Halden kommune («**kommunen**»). Oppdraget er lyst ut som en totalentreprise og konkurransen er gjennomført som en åpen anbudskonkurranse etter anskaffelsesloven. Prosjektet omfatter bygging av ny barneskole for 330 elever, samt en idrettshall med to håndballbaner, matchbane for eliteserierhåndball og basishall.

Anbudskonkurransen ble kunngjort på Doffin av kommunen 17. november 2020. Komplette konkurransegrunnlag ble gjort tilgjengelig samtidig som kunngjøringen.

Tildelingskriteriene var pris og oppgaveforståelse, hvorav pris ville bli tillagt 90% vekt og oppgaveforståelse tillagt 10% vekt.

Kommunen mottok to tilbud fra henholdsvis Veidekke Entreprenør AS («**Veidekke**») og AF Gruppen Norge v/ AF Bygg Østfold («**AF Gruppen**»). Ved brev av 28. februar 2021 meddelte kommunen at AF gruppen var innstilt som totalentreprenør. Ved vurderingen av tilbyderne i henhold til tildelingskriteriene ble AF Gruppen tildelt totalt 9,90 poeng og Veidekke ble tildelt totalt 9,57 poeng. Veidekke ble tildelt 1 poeng for oppgaveforståelse og 8,57 poeng for pris, med grunnlag i en tilbudssum på totalt kr 661 345 949. AF Gruppen ble tildelt 0,9 poeng for oppgaveforståelse og 9 poeng for pris, med grunnlag i en tilbudssum på totalt kr 641 511 000. Utløpet av karensperioden ble satt til onsdag 10. mars 2021 kl. 23.59.

Ved påtegning av 10. mars 2021 har Veidekke begjært midlertidig forføyning overfor Halden kommune. Det er begjært forføyning i form av at kommunen forbys å inngå totalentrepriskontrakt for Os-prosjektet inntil lovligheten av anskaffelsen er rettskraftig avgjort eller avgjort partene imellom. Muntlig forhandling ble avholdt 19. mars 2021 i Halden tingrett, jf. tvisteloven § 32-7 første ledd.

Partenes påstander og påstandsgrunnlag

Saksøker har i det vesentlige anført:

Halden kommune plikter å avvise ethvert tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene», jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b. AF Gruppen har i sitt tilbud tatt forbehold om at tilbudsprisen kun omfatter den nærmere spesifiserte fundamenteringsløsningen. Forbeholdet innebærer et avvik fra den grunnleggende funksjonsfordelingen i totalentrepriser, og konkurransegrunnlagets forutsetning om at entreprenøren er ansvarlig for å velge fundamenteringsløsning. Forbeholdet innebærer også at kommunen ikke fullt ut kan kreve oppfyllelse i tråd med

kontrakten dersom tilbudet antas. AF Gruppen har tatt forbehold om type peler, antall peler, dimensjon på peler og gjennomsnittlig lengde til fjell. AF gruppen har på denne måten frasagt seg den risiko for fundamenteringsløsning som anbudsgrunnlaget forutsetter, og forskjøvet risiko over på kommunen som byggherre. Kommunen har ikke ansett uttalelsen som et forbehold, og har derfor heller ikke prisvurdert forbeholdet. Forbeholdet forrykker risikofordelingen mellom entreprenøren og byggherren uten at dette er kommet til uttrykk i vurderingen av tilbyderne. Veidekke har på sin side valgt å prise risikoen fremfor å ta et forbehold. Tilbudene fra AF Gruppen og Veidekke blir dermed ikke sammenlignbare. Videre fremstår det som om AF Gruppen i sitt forbehold har lagt til grunn en urealistisk og uegnet fundamenteringsløsning, blant annet hva gjelder antall peler og peledimensjon. Det er sannsynlig at det vil bli behov for flere og/eller tykkere peler, og forbeholdet innebærer at AF Gruppen kan kreve tilleggsvederlag og/eller fristforlengelse for hele denne endringen. Videre foreligger det også et avvik ved AF Gruppens tilbud i form av at det er valgt en fundamenteringsmetode som kombinerer både pelefundamentering og kompensert fundamentering. Det fremgår av rapport datert 29. juni 2018 fra GrunnTeknikk AS, som inngår i konkurransegrunnlaget, at «[b]ygg må fundamenteres med én metode». Dette må anses som et minstekrav for tilbyderne. Da AF Gruppens tilbud ikke oppfyller minstekravene foreligger det et «vesentlig avvik», og kommunen plikter å avvise tilbudet også på dette grunnlag. På denne bakgrunn har Veidekke sannsynliggjort et krav. Det foreligger også en sikringsgrunn, da Veidekke vil tape retten til å inngå kontrakt dersom kommunen inngår endelig avtale med AF Gruppen. Det foreligger heller ikke noe «åpenbart misforhold» mellom partenes interesser, jf. tvisteloven § 34-1 annet ledd. Samtlige vilkår for midlertidig forføyning er dermed oppfylt, og kommunen skal forbys å inngå kontrakt inntil lovligheten av anskaffelsen er avklart.

Saksøker har nedlagt slik **påstand**:

1. Halden kommune forbys å inngå kontrakt i konkurranse om anskaffelse av totalentreprenør Os-prosjektet, 1-7 skole og idrettsarena, med referansenummer 2020/9792, inntil lovligheten av anskaffelsen er rettskraftig avgjort eller lovligheten av anskaffelsen er avgjort mellom partene.
2. Veidekke Entreprenør AS tilkjennes sakens kostnader.

Saksøkte har i det vesentlige anført:

Halden kommune plikter ikke å avvise tilbudet fra AF Gruppen, da dette ikke «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene», jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b. Uttalelsen i tilbudet innebærer ikke et forbehold i rettslig forstand. Uttalelsen må tolkes i lys av sitt fulle innhold og de øvrige dokumenter i konkurransegrunnlaget. Innholdet er i tråd med konkurransegrunnlaget, da særlig med

henvisning til spørsmål 17 i dokument for spørsmål og svar. Kommunen har i konkurransegrunnlaget uttalt at entreprenørene kan legge til grunn en gjennomsnittslengde til fjell på 50 meter dersom det velges en peleløsning for fundamenteringsarbeidene. Dette er i tråd med NS 8407 punkt 23.1 første ledd om at byggherren har risikoen for at grunnforhold avviker fra hva entreprenøren «hadde grunn til å regne med» ved utarbeidelsen av tilbudet. Forutsetningen på 50 meter gjennomsnittslengde er kun en presisering av denne risikofordelingen, da begrepet «grunn til å regne med» er egnet til å skape uklarhet og potensielt tvister mellom partene. AF Gruppens uttalelse innebærer intet forbehold utover at lengde på pel avregnes etter spesifisert løpemeterpris på kr 1 365 dersom grunnforholdene skulle avvike fra hva entreprenøren «hadde grunn til å regne med». En enkelt post med løpemeterpris er under enhver omstendighet helt uegnet til å prise for eksempel en dimensjonsøkning på pelene, og en slik tolkning blir derfor ulogisk. Dersom AF Gruppen skulle priset en helt ny peleløsning ville det i alminnelighet foranledige et oppsett med en rekke prisede poster til avregning. For det tilfelle at uttalelsen skulle anses som et «avvik» i anskaffelsesforskriftens forstand, kan det under enhver omstendighet ikke anses å foreligge et «vesentlig avvik». Fundamentering av bygningsmassen er bare en av mange arbeidsoperasjoner i det fulle byggeprosjektet og utgjør en begrenset del av den samlede leveransen. Et eventuelt avvik fra den fundamenteringsløsning AF Gruppen har stipulert vil trolig uansett ikke medføre særlig store merkostnader. Det foreligger heller ikke «vesentlige avvik» ved AF Gruppens tilbud i form av at minstekrav ikke er oppfylt. Kommunen bestrider at det oppstilles et minstekrav i konkurransegrunnlag om at fundamentering må gjennomføres med kun én metode, og at det dermed ikke tillates kombinerte løsninger. Det fremgår av rapport datert 29. juni 2018 fra GrunnTeknikk AS at det er opp til entreprenørene å velge fundamenteringsmetode. Rapporten skal gi entreprenørene opplysninger om grunnforholdene, og oppstiller ikke et slikt minstekrav som Veidekke anfører. Veidekke har ikke sannsynliggjort noe krav, og vilkårene for midlertidig forføyning er dermed ikke oppfylt. Subsidiært for det tilfelle at Veidekke skulle ha sannsynliggjort et krav, bestrider kommunen ikke at det foreligger sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd. Derimot vil Veidekkes interesse i en beslutning om forføyning stå i «åpenbart misforhold» med de skader og ulemper kommunen påføres. Ytterligere utsettelse vil ramme skoleelevene, lærerne og samfunnet for øvrig, samt påføre kommunen store merutgifter og skape risiko rundt finansieringen av Os-prosjektet. Selv om Veidekke skulle ha sannsynliggjort et krav, vil vilkårene for midlertidig forføyning derfor uansett ikke være oppfylt.

Rettens vurdering

Saken gjelder krav om midlertidig forføyning i form av at Halden kommune forbyr å inngå totalentreprisekontrakt for Os-prosjektet inntil lovligheten av anskaffelsen er rettskraftig avklart eller avklart partene imellom.

Midlertidig forføyning kan kun besluttes dersom saksøkeren har sannsynliggjort både et krav og en sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum:

Midlertidig forføyning kan bare besluttes dersom kravet det begjæres forføyning for og sikringsgrunnen er sannsynliggjort.

For at kravet skal anses sannsynliggjort, må det godtgjøres at saksøker mest sannsynlig ville fått medhold i sakens hovedkrav ved en ordinær rettsbehandling. I tillegg må saksøker sannsynliggjøre en sikringsgrunn som oppstilt i tvisteloven § 34-1 første ledd:

Midlertidig forføyning kan besluttes:

- a) *når saksøktets adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller*
- b) *når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordening i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktets adferd gir grunn til å frykte for.*

I saker om offentlige anskaffelser oppstiller loven et ekstra prosessuelt vilkår for å beslutte midlertidig forføyning. Retten har kun adgang til å beslutte midlertidig forføyning før oppdragsgiver har inngått kontrakt med en av tilbyderne, jf. anskaffelsesloven § 9 første ledd:

Tvisteloven gjelder for behandlingen av begjæringer om midlertidig forføyning med mindre annet er bestemt i denne loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Etter at kontrakt er inngått, kan retten ikke beslutte midlertidig forføyning mot oppdragsgiveren for brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

Det er på det rene at kontrakt ikke er inngått ved avsigelsen av rettens avgjørelse. Det er videre på det rene at kommunens adgang til å inngå kontrakt er suspendert inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen om midlertidig forføyning, jf. anskaffelsesforskriften § 25-3. Anskaffelsesloven § 9 første ledd annet punktum er følgelig ikke til hinder for at retten kan treffe beslutning om midlertidig forføyning. Spørsmålet blir dermed om de alminnelige vilkårene for midlertidig forføyning i tvisteloven kapittel 32 og 34 er oppfylt.

Retten vil først ta stilling til om Veidekke har sannsynliggjort et krav mot kommunen.

Etter anskaffelsesforskriften plikter oppdragsgiver å avvise ethvert tilbud som er beheftet med en eller flere av følgende mangler, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd:

Oppdragsgiveren skal avvise et tilbud som

- a) ikke kan anses bindende*
- b) inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*
- c) er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5.*

Formuleringen «skal avvise» innebærer at oppdragsgiver har en absolutt plikt til å avvise tilbudet. Forhold som medfører plikt til å avvise skiller seg følgelig fra forhold som gir oppdragsgiver en rett til å avvise tilbudet, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 annet ledd. Dersom et tilbud inneholder «vesentlige avvik» har dermed oppdragsgiveren intet valg utover å avvise det.

Vurderingen av om et tilbud inneholder «vesentlige avvik» er todelt. Retten må først prøve om det foreligger et «avvik» fra konkurransegrunnlaget. For det tilfelle at det foreligger et «avvik», må retten prøve om dette er «vesentlig» i lovens forstand. Det anses som sikker rett at forbehold inngår i begrepet «avvik».

Om det nærmere vurderingstemaet for «vesentlige avvik» vises det til lagmannsrettens uttalelse i LG-2019-148023:

Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Avvik er både i teori og praksis definert å foreligge dersom oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon dersom tilbudet antas, jf. eksempelvis LB-2014-156469, LB-2019-85112 og Dragsten «Offentlige anskaffelser», 2013, side 604-605. Om et avvik er «vesentlig» beror på en konkret vurdering.

[...]

For å avgjøre om tilbudet er i samsvar med den aktuelle kravspesifikasjonen, må konkurransegrunnlaget og tilbudet tolkes. Etter rettspraksis må det legges stor vekt på den objektive forståelse av ordlyden, og kontraktsdokumentene må ses i sammenheng, jf. HR-2007-1835-A og HR-2012-2126-A. Det er ikke avgjørende om forholdet er formulert som et avvik, men om det i realiteten innebærer et avvik fra konkurransegrunnlaget, jf. Dragsten «Offentlige anskaffelser», 2013, side 605.

Oppdragsgivers skjønn er ikke til hinder for at spørsmålet om et forbehold er vesentlig kan prøves fullt ut av domstolene. Det vises til lagmannsrettens uttalelse i LA-2011-100800:

Lagmannsretten legger til grunn at avgjørelsen av om et forbehold er vesentlig eller ikke, er rettsanvendelsesskjønn som beror på en objektiv norm, og som domstolene kan prøve fullt ut.

Retten går så videre til den konkrete vurderingen av om AF Gruppens tilbud inneholder «vesentlige avvik» som medfører en avvisningsplikt for kommunen. Veidekke har anført at det foreligger «vesentlige avvik» fra anbudsdokumentene i form av forbehold som AF Gruppen har tatt.

Ved prøvingen av om det foreligger «avvik» må det foretas en tolkning av både konkurransegrunnlaget og AF Gruppens tilbud, og deretter prøves om disse samsvarer eller avviker fra hverandre. Ved tolkningen skal det legges stor vekt på den objektive forståelse av ordlyden, og kontraktsdokumentene må ses i sammenheng, jf. HR-2007-1835-A og HR-2012-2126-A.

Retten vil først ta stilling til hvordan konkurransegrunnlaget for Os-prosjektet skal tolkes.

Det følger av konkurransegrunnlaget at alminnelige kontraktsvilkår i NS 8407 skal gjelde for totalentreprisen. NS 8407 er en bransjeutviklet standardkontrakt for totalentrepriser. Fremgår ikke annet av kontraktsdokumentene gjelder altså bestemmelsene i NS 8407.

Om risikoen for uforutsette grunnforhold fremgår følgende av NS 8407 punkt 23.1 første ledd:

Byggherren har risikoen for forhold ved grunnen dersom de avviker fra det totalentreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet.

Ved vurderingen av hva totalentreprenøren hadde «grunn til å regne med» må det blant annet ses hen til konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget inngår flere dokumenter knyttet til grunnundersøkelser som kommunen har fått utført. Undersøkelsene er hovedsakelig av overordnet karakter. Herunder inngår rapport av 29. juni 2018 fra GrunnTeknikk AS, hvor mandatet er oppgitt å være:

GrunnTeknikk AS er engasjert av Halden kommune AS til å utføre supplerende grunnundersøkelser for geotekniske og miljøtekniske forhold, samt gi overordnede råd angående grave- og fundamenteringsforhold.

Det fremgår av rapportens punkt 5 at grunnen på stedet er dårlig egnet for økte laster, og det er foreslått to alternative fundamenteringsmetoder:

Kombinasjonen av organiske fyllmasser og vannrik setnings sensitiv leire gjør at grunnen generelt egner seg dårlig til å få økte laster. All oppfylling og tilleggs laster på terreng må antas gi setninger/skjevsetninger.

Større bygg må påregnes enten fundamentert fullt kompensert eller på peler til faste lag/fjell. Bygg må fundamenteres med én metode.

Avslutningsvis fremgår det av rapportens punkt 6 at endelig valg av fundamenteringsmetode må foretas under totalentreprenørens detaljprosjektering:

Valg av fundamenteringsmetode for bygg må vurderes særskilt i samarbeid med byggeteknisk sakkyndig (RIB) ved senere detaljprosjektering avhengig av aktuelle laster og plassering/utforming av bygget.

Slik retten ser det, oppstiller grunnrapportene ingen krav knyttet til fundamenteringsløsning, men gir visse anvisninger på de faktiske grunnforhold som entreprenørene kan bygge videre på. Konkurranses grunnlaget må tolkes slik at valg av fundamenteringsmetode skal inngå i totalentreprenørens plikter. Som utgangspunkt blir følgelig dette en usikkerhet/risiko som entreprenøren må medregne/prise i sitt tilbud. Derimot er totalentreprenørens risiko begrenset til hva det var «grunn til å regne med» på tilbudstidspunktet, jf. NS 8407 punkt 23.1.

Som en del av tilbudsprosessen er tilbyderne gitt anledning til å stille kommunen spørsmål knyttet til konkurransegrunnlaget. Spørsmålene er besvart av kommunen og svarene er formidlet til alle tilbydere. Det fremgår her at AF Gruppen har stilt spørsmål ved hvordan fundamenteringsarbeidene skal prises i tilbudet, jf. spørsmål 17:

Vi viser til anbudsgrunnlagets dokumenter fra "GrunnTeknikk". Vi oppfatter dette slik at kompensert fundamentering kan aksepteres med de forutsetninger og konsekvenser den løsning vil gi over tid. Er dette riktig oppfattet? Underlaget gir liten eller ingen informasjon om lengder til fjell. Er det ønskelig med opsjon i tilbudet basert på peleløsning med en antatt avstand til fjell som avregnes? Dette slik at Halden kommune velge løsning ut fra pris/risiko.

Kommunen har besvart spørsmålet på følgende måte:

TE står fritt til å velge fundamenteringsmetode, innenfor forskriftskravene. Dersom TE har valgt en peleløsning kan TE regne med en snittlengde på valgte peleløsning på 50m. lengder avregnes i entreprisen. TE må i sitt tilbud ha oppgitt enhetspris pr/lm pel. Lengde på pel er basert på lengder oppgitt i grunnundersøkelser i rapport fra Geoteknikk fra 29.06.2018.

Retten mener det er klart at dette må tolkes slik at totalentreprenøren skal ha risikoen for valg av fundamenteringsmetode, og at dersom det velges en peleløsning har entreprenøren risikoen for blant annet type pel og dimensjon på pel. Derimot påtar kommunen seg risikoen for lengde på pel dersom gjennomsnittslengder avviker fra grunnundersøkelsene i konkurransegrunnlaget. På denne bakgrunn åpner kommunen for at fundamenteringsarbeidene i tilbudet kan prises og avregnes basert på en nærmere spesifisert løpemeterpris ved slike overskridelser. Retten mener videre at dette er i tråd

med forutsetningene og funksjonsfordelingen som fremgår av NS 8407 punkt 23.1 første ledd, hvor det fremgår at byggherren har risikoen for at grunnforholdene avviker fra hva entreprenøren hadde «grunn til å regne med». Retten mener konkurransegrunnlaget må tolkes slik at kommunen, som byggherre, legger til grunn at anbudsdokumentene gir entreprenørene «grunn til å regne med» at gjennomsnittlig lengde til fjell er 50 meter. Kommunens uttalelse må derfor tolkes som en presisering av risikofordelingen mellom partene, og intet avvik fra den alminnelige funksjonsfordelingen i totalentrepriser. Det må legges til grunn at en forhåndsavtalt løpemeterpris gir forutberegnelighet for kommunen hva gjelder kostnadskonsekvensene ved eventuelle avvik i grunnforholdene.

Retten legger til at bestemmelsene om avtalt risikoovergang i konkurransegrunnlagets del 2 og NS 8407 punkt 24.2 ikke kan medføre et annet tolkningsresultat. Bestemmelsene gjelder «løsninger og annen prosjektering» som byggherren har utarbeidet. Grunnrapportene må derimot betegnes som opplysninger om forhold ved grunnen, og risikofordelingen mellom partene reguleres følgelig av bestemmelsene i NS 8407 punkt 23. Rapportene må antas å være fremskaffet som et ledd i byggherrens opplysningsplikt hva gjelder grunnforholdene, jf. NS 8407 punkt 23.1 tredje ledd:

Byggherren plikter i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget å opplyse om forhold ved grunnen, byggeområdet og dets omgivelser som han kjente eller måtte kjenne til, og som det var nærliggende å anta at totalentreprenøren hadde interesse av å få.

Basert på hva som her er redegjort for, finner retten at konkurransegrunnlaget skal tolkes slik at totalentreprenøren har risikoen for valg av fundamenteringsmetode, herunder at dersom det velges en peleløsning har entreprenøren risikoen for blant annet valg av type pel, antall peler og dimensjon på pel. Dette er løsningsvalg som er omfattet av totalentreprenørens valgfrihet i medhold av NS 8407 punkt 14.6. Ved entreprenørens valg av fundamenteringsmetode, som nødvendigvis må bygge på kommunens opplysninger om forhold ved grunnen, har entreprenøren «grunn til å regne med» at gjennomsnittlig avstand til fjell er 50 meter. Lengder ut over 50 meter har entreprenøren ikke «grunn til å regne med», og er dermed kommunens risiko, jf. NS 8407 punkt 23.1 første ledd.

Retten går så videre til tolkningen av det angivelige forbeholdet i AF Gruppens tilbud. I likhet med for konkurransegrunnlaget, skal det ved tolkningen av tilbudet legges stor vekt på den objektive forståelse av ordlyden, og kontraktsdokumentene må ses i sammenheng, jf. HR-2007-1835-A og HR-2012-2126-A. Ved vurderingen av om det foreligger et avvik fra konkurransegrunnlaget er det innholdet i AF Gruppens uttalelse som er avgjørende. At teksten er inntatt under et punkt kalt «Forbehold» er ikke i seg selv avgjørende, jf. KOFA-2004/123 avsnitt 45.

Det fremgår av AF Gruppens tilbudsskjema punkt 4 «Forbehold»:

Vi har medregnet 311 stk. stålkjernepeler Ø70 for trykk med gjennomsnittlig lengde med 50m til fjell. Økning utover dette vil bli avregnet med kr 1365 pr lm.

Rent objektivt tolket, fremstår den første setningen som en beskrivelse av den fundamenteringsløsning AF Gruppen foreløpig tar sikte på, og som er innregnet i tilbudssummen som fremgår av tilbudsskjemaet. Den andre setningen taler derimot i retning av at økning i forhold til hva som inngår i AF Gruppens tilbudssum skal avregnes. Det fremgår derimot klart at det kun er snakk om en avregning per løpemeter.

Videre må uttalelsen også tolkes i lys av sin kontekst og de øvrige anbudsdocumentene. At uttalelsen inngår under et punkt kalt «Forbehold» taler isolert sett for at det er snakk om et forbehold, og dermed et «avvik». Dette kan etter rettens syn ikke tillegges avgjørende vekt. Det er ved denne vurderingen lagt vekt på at AF Gruppen har benyttet kommunens eget tilbudsskjema, og at skjemaet ikke synes å ha et annet passende felt for å oppgi en slik enhetspris for avregning som det kommunen har etterspurt i sitt svar på spørsmål 17 i anbudsprosessen. Videre må uttalelsen tolkes i lys av hva kommunen har svart på spørsmål 17 i anbudsprosessen, hvor det fremgår klart at det kun er åpnet for avregning på pelelengder ut over 50 meter. Det fremstår ikke tvilsomt at AF Gruppens uttalelse er direkte forankret i nettopp dette svaret fra kommunen, som altså etter rettens syn ikke etterlater særlig tvil om hva som kan kreves avregnet. Det vises i denne sammenheng også til at det var AF Gruppen selv som stilte det aktuelle spørsmålet til kommunen. Videre fremstår det klart for retten at en løpemeterpris er uegnet for eventuelle endringer hva gjelder blant annet valg av type pel og dimensjon på pel. I lys av dette er det mest nærliggende å tolke forbeholdet slik at det kun viser til forutsetningen om gjennomsnittslengde på 50 meter, og ikke den øvrige beskrivelsen av valgt peleløsning. Beskrivelsen av antall peler, type pel og dimensjon på pel, må etter rettens syn tolkes som kun en beskrivelse av innkalkulert løsning for å skape kontekst til den oppgitte løpemeterprisen. Det fremgår av kommunens svar på spørsmål 17 at avregning ut over 50 meter forutsetter at entreprenøren har valgt en fundamenteringsløsning med (trykk)peler. Skulle entreprenøren isteden velge en løsning med for eksempel kompensert fundamentering vil det åpenbart være overflødig å oppgi en pris for avregning av pelelengder. Det fremstår da naturlig at det fremgår av AF Gruppens tilbud at det er valgt en trykkpelløsning, og at man derfor også oppgir en enhetspris for avregning utover 50 meter slik kommunen har etterspurt. Retten er i utgangspunktet enig med Veidekke i at type peler, antall peler og dimensjon på peler må anses som overskuddsinformasjon dersom en slik tolkning legges til grunn. Derimot er det rettens syn at dette ikke kan anses avgjørende, da det ikke foreligger ytterligere holdepunkter for at AF Gruppen har tatt forbehold knyttet til denne informasjonen ut over at teksten er inntatt i feltet kalt «Forbehold». At uttalelsen må leses som kun en beskrivelse av planlagt løsning underbygges etter rettens syn av at Veidekke i sitt tilbud også har gitt en kort beskrivelse av planlagt fundamenteringsløsning:

Fundamentering

For fundamentering har vi kommet med en løsning som ikke krever avregning. Vi har valgt en løsning med friksjonspeler av betong ned til morenelag. Dette har vi erfaring med i nærliggende bygg.

For øvrig mener retten at denne uttalelsen taler for at Veidekke har lagt samme forståelse av konkurransegrunnlaget til grunn hva gjelder forutsetningene for at entreprenøren har rett til å kreve avregning på pelearbeider. Retten bemerker at Veidekke her eksplisitt begrunner hvorfor det ikke er oppgitt en løpemetertilpris til avregning på peler, nærmere bestemt at Veidekke tar sikte på en fundamenteringsløsning hvor pelene festes i morenelag og hvor avstand til fjell dermed blir av mindre betydning. Dette underbygger etter rettens mening at det er naturlig at aktørene i sine respektive tilbud sier noe om valgt fundamenteringsløsning og om avregning er aktuelt. Det bemerkes at Veidekke ikke har benyttet kommunens eget tilbudsskjema og at uttalelsen er tatt med på et eget ark, i motsetning til AF Gruppens uttalelse som er inntatt i feltet «Forbehold» i kommunens tilbudsskjema.

Det er rettens vurdering at slik uttalelsen er utformet, vil AF Gruppen ikke kunne bli hørt med et krav om tilleggsvederlag eller fristforlengelse som følge av endringer i eget valg av fundamenteringsløsning ut over hva som følger av de alminnelige reglene i NS 8407 punkt 31-34, sammenholdt med punkt 23.1.

Det er rettens syn at AF Gruppens uttalelse ikke innebærer noe forbehold ut over mot grunnforholdene, som kommunen uansett har risikoen for. Uttalelsen innebærer dermed ikke et forbehold i forhold til konkurransegrunnlaget. Basert på den tolkning retten legger til grunn, vil også kommunen kunne kreve utførelse fullt ut i samsvar med konkurransegrunnlaget dersom AF Gruppens tilbud aksepteres.

Retten har vurdert om tolkningen av AF Gruppens uttalelse innebærer slik grad av uklarhet at reglene om relativ bedømmelsestil kommer til anvendelse. Det vises til redegjørelse i Dragsten (2020) Kommentar til forskrift om offentlige anskaffelser § 24-8, note 5:

I tidligere regelverk var det plikt til å avvise et tilbud dersom det inneholdt uklarheter, ufullstendigheter og lignende som medførte at det var tvil om hvordan det skulle sammenlignes med de øvrige tilbudene (relativ bedømmelsestil). Denne avvisningsbestemmelsen er ikke videreført i någjeldende forskrift. Dette er begrunnet med at en uklarhet med videre som medfører tvil om hvordan tilbudet skal sammenlignes med de øvrige, alltid vil representere et vesentlig avvik, slik NOU 2014:4 punkt 25.4.6.2. [...]

Avvisningsplikten er en følge av det generelle utgangspunktet om at det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet er utformet klart nok med hensyn til innhold og rekkevidde til at oppdragsgiver kan sammenligne dette med øvrige tilbud, slik klagenemndas saker 2007/11 (Oticon) premiss 31 og 2005/156 (Aivo Norge) premiss 49.

Det er rettens syn at det ikke foreligger tilstrekkelig tvil ved sammenlignbarheten mellom tilbudene fra henholdsvis AF Gruppen og Veidekke. Selv om det tolkningsalternativ retten har lagt til grunn ikke kan betegnes som helt åpenbart, mener retten at innholdet i uttalelsen fremstår tilstrekkelig klart i lys av sakens samlede dokumenter. Begge parter har i sine respektive tilbud tatt stilling til spørsmålet om avregning av pelelengder dersom gjennomsnittslengde til fjell skulle overstige 50 meter. Tilbudene fremstår etter rettens vurdering som sammenlignbare.

Retten bemerker at en betydelig del av bevisførselen under den muntlige forhandlingen gjaldt spørsmålet om fundamenteringsløsningen AF Gruppen har forespeilet er praktisk gjennomførbar. Basert på hva som er redegjort for her, er det rettens vurdering at dette er en usikkerhet som AF Gruppen, og ikke Halden kommune, hefter for. I lys av dette, blir spørsmålet om fundamenteringsløsningen er praktisk gjennomførbar under enhver omstendighet uten betydning for saken.

Basert på hva som her er redegjort for, finner retten at ikke foreligger noe «avvik» mellom konkurransegrunnlaget og AF Gruppens tilbud i form av et forbehold, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b.

Veidekke har videre anført at det også foreligger «vesentlige avvik» ved AF Gruppens tilbud i form av at det ikke oppfyller konkurransegrunnlagets minstekrav. Det er vist til rapport datert 29. juni 2018 fra GrunnTeknikk AS, som inngår i konkurransegrunnlaget, hvor det under punkt 5 fremgår at «[b]ygg må fundamenteres med én metode». Veidekke anfører at denne uttalelsen må tolkes som et minstekrav om at totalentreprenøren ikke kan benytte en kombinasjon av fundamenteringsløsninger.

Retten er ikke enig i at uttalelsen kan tolkes som et minstekrav der kombinerings av fundamenteringsmetoder forbys. I konkurransegrunnlagets del 2 er rapporten vist til som ett av flere dokumenter som beskriver grunnforhold, og det nevnes intet om krav til utførelsen:

GRUNNFORHOLD: *Det er utarbeidet følgende rapporter fra grunnundersøkelser, se vedlegg:*

- *Vedlegg 2.10 Geoteknisk datarapport GrunnTeknikk 19.12.16*
- *Vedlegg 2.11 Geoteknisk vurdering områdestabilitet GrunnTeknikk 7.4.17*
- *Vedlegg 2.12 Grave og fundamenteringsforhold GrunnTeknikk 29.6.18*
- *Vedlegg 2.13 Miljøteknisk rapport supplerende undersøkelser GrunnTeknikk 29.6.18*
- *Vedlegg 2.14 Geoteknisk datarapport GrunnTeknikk 29.6.18*
- *Vedlegg 2.15 Geoteknisk vurdering av utløpsområdet Schultzedalen – Multiconsult 3.9.20*

Det er heller ingen holdepunkter i det øvrige konkurransegrunnlaget for at den aktuelle rapporten skal inneholde noen form for minstekrav til entreprenørens utførelse.

Videre må uttalelsen leses i lys av rapportens øvrige innhold. Retten mener at det fremgår klart av rapporten at valg av fundamenteringsmetode faller innunder totalentreprenørens plikter, og forutsetter nærmere detaljprosjektering. Det vises i denne sammenheng særlig til rapportens punkt 6 om videre arbeider:

Valg av fundamenteringsmetode for bygg må vurderes særskilt i samarbeid med byggeteknisk sakkyndig (RIB) ved senere detaljprosjektering avhengig av aktuelle laster og plassering/utforming av bygget.

Retten viser også til vitneforklaringen fra Nils Konrad Andreassen fra Multiconsult, hvor det ble forklart at et slikt minstekrav ville være «meningsløst». Det er for øvrig ikke presentert noen alternativ begrunnelse for hvorfor oppdragsgiver skulle ønske å oppstille et slikt minstekrav. Dette underbygger etter rettens vurdering at uttalelsen ikke kan tolkes som et minstekrav med forbud mot kombinerte fundamenteringsmetoder.

Basert på hva som her er redegjort for, finner retten at konkurransegrunnlaget ikke oppstiller som et minstekrav at ulike fundamenteringsmetoder ikke kan kombineres. AF Gruppens tilbud innebærer derfor under enhver omstendighet ikke et «vesentlig avvik» som følge av at minstekrav ikke er oppfylt, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b.

Retten har kommet til at tilbudet fra AF Gruppen verken inneholder forbehold eller avvik fra minstekrav i konkurransegrunnlaget. Det foreligger dermed ikke «avvik» ved tilbudet, og heller ingen avvisningsplikt for Halden kommune, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b.

Veidekke har ikke sannsynliggjort et krav mot Halden kommune, og grunnvilkåret for midlertidig forføyning er følgelig ikke oppfylt, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. Det er ikke anført at midlertidig forføyning kan besluttes uten et sannsynliggjort krav som følge av fare ved opphold, jf. tvisteloven § 34-2 annet ledd.

Etter dette tas begjæringen om midlertidig forføyning ikke til følge.

Sakskostnader

Saksøkte, Halden kommune, har fått fullt medhold i saken, og har dermed som hovedregel krav på erstatning for sine sakskostnader fra saksøker, jf. tvisteloven § 32-2, jf. § 20-2 første og annet ledd. For at Veidekke skal kunne fritas helt eller delvis fra

erstatningsansvaret må det foreligge «tungtveiende grunner» basert på en konkret vurdering av lovens nærmere opplistede momenter, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd:

Motparten kan helt eller delvis fritas for erstatningsansvar hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig. Det legges særlig vekt på

- a) om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget,*
- b) om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud, eller*
- c) om saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom tilsier slikt fritak.*

Det er rettens syn at saken ikke har reist tvil av en slik grad at Veidekke bør fritas for sakskostnadsansvaret. Retten kan heller ikke se at saken kan anses å ha blitt bevismessig avklart etter saksanlegget. Det bemerkes allikevel at enkelte relevante bevis først fremkom kort tid før saksanlegget. Det vises i denne sammenheng til e-post fra Halden kommune v/ Trond Øyvind Sydsbogen som ble sendt 10. mars 2021 kl. 11:46, om lag 12 timer før karensfristens utløp. Etter rettens syn hadde Veidekke en legitim interesse i få en eksplisitt avklaring fra kommunen på om AF Gruppens uttalelse ble ansett som et forbehold, og i så fall hvordan dette var hensyntatt i prisvurderingen. Allikevel kan den aktuelle e-posten vanskelig betegnes som bevismessig avgjørende for saken. Retten har også merket seg at Veidekke foreslo en forlengelse av karensfristen som alternativ til eventuell midlertidig forføyning. Disse forhold kan allikevel ikke tillegges stor betydning, all den tid det er tidspunktet for saksanlegg som skal være avgjørende, samt at det ikke foreligger holdepunkter for at utsettelse av karensfristen ville medført at Veidekke ikke hadde begjært midlertidig forføyning. Av de samme grunner kan retten ikke se at kommunen er å bebreide for at saken ble gjenstand for domstolsbehandling. Videre kan saken ikke anses å være av velferdsmessig betydning for Veidekke, og det foreligger ingen nevneverdig ulikhet i styrkeforholdet mellom partene.

På denne bakgrunn finner retten at det ikke er grunnlag for å frita Veidekke fra sakskostnadsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Veidekke skal i tråd med lovens hovedregel pålegges å erstatte kommunens rimelige og nødvendige kostnader, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd, jf. 20-2 første ledd.

Saksøktes prosessfullmektig har inngitt en sakskostnadsoppgave som omfatter 105,15 arbeidstimer à kr 2 500 per time, totalt kr 262 875 eks. mva. Isolert sett fremstår kravet noe høyt sett hen til den korte saksforberedelsen og at saken ble behandlet over én rettsdag. Derimot må saken betegnes som komplisert, og det fremstår klart at det har vært behov for omfattende saksforberedelse. Videre har saken potensielt store økonomiske implikasjoner for begge parter. Retten har også lagt vekt på at antall arbeidstimer i saksøktes oppgave er svært sammenlignbart med hva saksøkers prosessfullmektig har inntatt i sin oppgave. Etter

dette tilkjennes Halden kommune sakskostnader med kr 262 875 eks. mva. Det er opplyst at kommunen har fradragsrett for merverdiavgift på advokatutgiftene.

SLUTNING

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. I sakskostnader for tingretten betaler Veidekke Entreprenør AS, org.nr. 984 024 290, til Halden kommune, 262 875 – tohundreogsekstiotusenåttehundreogsyttifem – kroner innen 2 – to – uker fra kjennelsen er forkynt.

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Ved anke må den ankende part innbetale ankegebyr.

Retten hevet



Bo Bringsverd

